

翻 訳

寛大な処遇と引換えにする司法取引

マイケル・E・タイガー⁽¹⁾

デューク大学スクール・オブ・ロー及びアメリカン大学

ワシントン・カレッジ・オブ・ロー名誉教授

2016年2月8日、日本弁護士連合会における講演⁽²⁾

訳：村 岡 啓 一

今日、私がお話することは、3つのパートから成ります。第一は、司法取引の目的は何か？第二は、司法取引の危険は何か？第三は、司法取引の危険を極小化するための検察官の義務と刑事弁護人の義務は何か？です。

-
- (1) Michael E. Tigar 教授は、デューク大学スクール・オブ・ローとアメリカン大学ワシントン・カレッジ・オブ・ローという二つのロースクールの名誉教授であるが、刑事弁護士として世界的に著名であり、1999年には、「20世紀のアメリカを代表する三人の刑事弁護士」の一人に選ばれている。他の二人は、クラレンス・ダロウ (Clarence Darrow) とサージェント・マーシャル (Thurgood Marshall) であった。1995年、当時アメリカ史上最大のテロ事件と称されたオクラホマ連邦政府ビル爆破事件の共犯者テリー・ニコルスの弁護人を務め、死刑を回避することに成功した事例などがある。
- (2) マイケル・タイガー教授は、2016年2月5日に開催された2015年度一橋大学政策フォーラムの国際シンポジウム『刑事弁護人の役割：そのとき、弁護人はなにをなすべきか？』の基調講演者及びシンポジストとして来日された。同シンポジウムには、ドイツからバッサウ大学名誉教授で弁護士のヴェルナー・ボイルケ教授も基調講演者及びシンポジストとして参加された。この両者の講演の内容は『一橋法学』16巻1号（2017年）に掲載されている。このシンポジウムの討論テーマの一つが、日本で導入されることになった司法取引であったことから、来日中の2016年2月8日、日弁連弁護士倫理委員会の依頼により、日弁連主催のセミナーでの本講演が実現したものである。翻訳者である私とタイガー教授との関係は、私が上記シンポジウムの企画及び運営の責任者であり、タイガー教授の招聘と日弁連講演の実現に関与したというものである。私は、本講演が2016年刑事訴訟法改正によって導入された日本型司法取引の運用を開始するにあたって、法曹三者、とりわけ弁護士に重要な示唆を与えるものと考えたので、今回、白鷗大学法科大学院紀要10号（最終号）への翻訳掲載をお願いし、紀要編集委員会のご厚意により、本講演の翻訳の掲載が実現するに至ったものである。紀要編集委員会に対し、心よりお礼申し上げる次第である。

これらの各論題につき、私の50年間にわたる刑事弁護実務の経験と歴史的事実に基づいてお話いたします。それと並んで、この問題を研究してきた裁判官と研究者の業績についても言及いたします。

第1 司法取引の目的

多くの、おそらくは大部分の犯罪は、二人ないし数人の犯罪者によって行われています。日本では、犯罪となる関与の程度と性質は刑法の中に、とりわけ、従犯に関する第63条に規定されております。合衆国では、州の刑法と連邦刑法において、旧来の複雑な英国コモンローの従犯（accessory）というカテゴリーを廃止し、単一の行為者概念を採用して、その下で、手助けする、そそのかす、相談する、助言する、斡旋するといった表現をしています。幫助者も教唆者も主犯と同じ刑罰に服するのです。

刑法のシステムがあるお蔭で、将来犯罪を行う可能性のあった者が犯罪の計画を断念したり、犯罪行為に関わった者が深い後悔を示したりすることになります。こうした指針は中止犯の規定に反映されており、犯罪的な冒険に乗り出した者が犯罪行為を放棄することにより、事件によっては、危害が生ずるのを防ぐ積極的な行為—たとえば、自分の仲間に知らせるなど—を採ることにより、責任を免除されたり軽減されたりします。予備に関する法律も、犯罪の企画が、ある一定の社会的危険を発生させる前に放棄されたならば、その企画を犯罪化しないとすることで同じように機能します。同様に、量刑判断も、被告人が犯罪を自ら進んで自白した場合の被告人の態度によって左右されます。この自白には、犯罪を行った共犯者を特定することも含まれます。

被疑者は薬物を対面取引していて捕まった末端の売人かもしれません。規制薬物には、一連の生産過程と販売過程があります。警察は、こうした「路上売人」の協力なしには、より大きな非難に値する犯罪者を発見することが難しくなります。合衆国では、覚せい剤中毒は大きな社会問題で

す。もし、この販売活動を犯罪だと判断するのであれば—これについては議論がありますが、今日のテーマではありません—司法取引は不可欠だということになります。

ホワイトカラー犯罪の分野では、協力してくれる証人が不可欠の存在となることがよくあります。原子力施設が安全基準に違反して運転されていると仮定して下さい。そして、その責任者が不正確な記録を保持しており、検査が行われるときには、記録を破棄さえると仮定いたしましょう。職を失うことへの恐れから欺罔行為に加わった比較的末端の従業員の正直な証言だけが、最も非難を受けるべき違反者を起訴するための唯一の方法となるのはよくあることです。合衆国でホワイトカラー犯罪の捜査が始まったとき、検察官は、しばしば、「木を揺らす (shake the tree)」手紙と称されるメッセージを送りました。違反を知っている者が、自らの訴追や刑罰にさらされる危険を最小限にするために、早目に出頭するように促したのです。

こうした例を通して、望ましい社会的行為へと動機付けが与えられたのです。もちろん、人間には見返りを求める自然な傾向があるので、彼らは、疑わしい、容易に反論される、不正確な、バイアスがかかった物の見方を示すことで、見返りを求めるのです。刑罰を免れるという目的は強力なインセンティブとして作用します。これは刑法に限った洞察というわけではありません。従順ではない子供と対面する親は皆、体験としてそれを理解しています。

被疑者が、自分の行為についてだけ話すことで見返りを要求する場合、警察及び検察の組織は、当然に、この要求を退けることになります。警察官と検察官は、被疑者が提示する物の見方に対して、テストをし、反論をし、そして調査します。

しかし、被疑者が他の誰かに責任の全部ないし一部を転嫁することによって刑罰を避けようとする場合には、真実ではない、あるいは、誇張さ

れた主張に対する本来のチェックとコントロール機能が、しばしば、働かないのです。警察と検察官は情報を提供してくれる者と目的を共有しています。その目的とは、密告者（informant）が証言してくれる人物に対する刑事立件なのです。

この過程のコントロールが相対的に欠如したために、深刻な不正義がもたらされてきたのです。私は、いくつかの例を紹介し、それから、刑事弁護士会（the criminal defense bar）が不正義の危険を最小化できる方法を議論することにいたします。

第2 不正義の歴史一闇の部分

合衆国第9巡回区控訴審裁判所のスティーブン・トロット判事は、ロサンゼルス地区検事代理を、また、合衆国の司法長官補佐を務めました。彼は、司法取引についてよく知っております。ヘイスティングス・ロー・レビューの論文で、トロット判事は、司法取引の危険性について警告を発しています。彼の論文のタイトルは、『犯罪者を証人として利用する検察官に対する警告の言葉』というものです⁽³⁾。彼は、こう書いています。

犯罪者は、欲しいものを手に入れるためには何でも言うし、何でもする傾向がある。特に、望むものが法の適用から逃れようとするところである場合はそうである。進んで行うことの中には、友人や親戚縁者の秘密をばらすだけではなく、偽証をすること、証拠をねつ造すること、ウソにさらにウソを重ねるために他人をそそのかしてウソを言わせること、接触したことのある者—その中には、特に、検察官がいる—をだますことが含まれる。薬物中毒者は、取引のためには母親を売り渡し、強盗犯、殺人犯、窃盗犯も似たようなものである。犯罪者は、驚くほど人心の操作が上手で、悪巧みに熟達している。多くの者にとって、「真実」とは完全に意味のない概念であり、彼らは徹底し

(3) Steven S. Trott, "Words of Warning for Prosecutors Using Criminals As Witnesses", 47 *Hastings L.J.* 1381 (1996)

て良心に欠けているサイコパスである。ある者にとっては、人を「だますこと」が人生そのものなのである。それ以外の者は、単なる基本的に情緒不安定な人々である。ある日の「信頼できる情報提供者」は、別の日には、完璧な嘘つきになりうるのである。

私はトロット判事とこの問題について議論をしたことがあります。彼は、寛大な処遇と引換えになされる司法取引は必要であると固く信じています。しかしながら、彼は司法取引で提供された証言の利用を研究し、それについて説得力のある裁判官の意見を書きました。私は、そのような意見が掲載された判決書の一つを村岡教授に提供しております⁽⁴⁾。トロット判事は、有罪とされた被告人が後に無実であったことが判明した事件の50%において、訴追が情報提供者の証言に依拠していたことに注目しています。彼は、検察官が、欺罔行為を許さないという刑事手続遵守義務を無視しているやり方を批判しています。すなわち、先に私が指摘した危険性を彼は見ているのです。

私が話した危険性—司法取引の「暗部」—は、歴史上、繰り返し明らかになっています。国家が、ある階層、あるタイプの犯罪者を根絶するために刑事手続を利用しようとする強固な欲求をもっているときに、この危険が生じます。

19世紀のアイルランドで、英国の検察官は、アイルランドの独立運動を粉砕しようと考えて、独立運動のリーダーを、放火、扇動、そして目的達成のために暴力を行使する謀議をしたという罪で起訴しました。検察官のとった方法は、違法な団体のメンバーとの間で、司法取引をすることでした。取引をした後に、密告者は、起訴状どおりに、英国の法律に違反す

(4) Commonwealth of the Northern Mariana Islands v. Bowie, 243 F.3d 1109 (2001)

る謀議の詳細を提供することになっていました。政府は、公に、密告者は寛大な措置を受けると同時に経済的対価も得られるであろうと宣伝したのです。偉大なアイルランド人の法廷弁護士ジョン・フィルポット・クラン（John Philpott Curran）は、この類の証人に反対する情熱のこもった弁論を陪審員の前行いました。

今私は、秘密の約束と法外な賞金を対価とする密告者のための公的宣言については話さない。今私は、あなた方が、今座っている陪審員席から見たことについて話します。そうです、多くの忌むべきゴロツキどものことを。彼らは知っているのです。宣誓したうえで、政府の席—まさしくダブリン城の議場—からやってきたことを。政府側の席で、検察官とともに働かされ、死の恐怖と補償への期待から、被告人に不利な証言をするためにやってきたことを知っているのです。まさしく、そのとおり。穏やかな人、健全な人、政府の慈悲深い評議會は、生ける屍のような状態の地下墓地の上の止まり木で羽根を休めている。地下墓地では、ゴロツキどもが人として埋められ、心臓が腐って土にかえる時が来るまで埋葬される。そして、それから、掘り返されるのです。証人として！

1940年代と1950年代、合衆国では、政府が、共産党の指導者を、いわゆる国家転覆を謀ったとして起訴しました。こうした起訴には、通常、刑罰を免れるために、あるいは、生活の糧を失うのを避けるために司法取引をした証人がいました。1950年代の後半から1960年代にかけて、こうした証人が偽証していたこと、及び、検察官が証人はウソをついているのではないかと疑っていてもそのまま証言台に立たせたことが繰り返し証明されました。こうした出来事は、多くの有益な書物に記録されており、その中には、リッチマンとコーエン（Lichtman & Cohen）の本『全くの茶番

『(Deadly Farce)』や、リリアン・ヘルマン (Lillian Hellman) の伝記『眠れない時代 (Scoundrel Time)』があります。

私の国でも皆様方の国でも、私たちは、自白を獲得するために警察と検察官が権限を濫用するのを見てきました。もし、犯罪者に、犯罪行為の最も重大な部分について他の誰かを非難することによって、より軽い刑罰が得られるチャンスを与えるならば、犯罪者に自白をさせることはずっと容易になります。「本当のことを言うよ。その犯罪は俺がやったんだ。」というよりも、「本当のことを言うよ。その犯罪は別の奴がやったんだ。」という方がずっと容易なのです。

皆様の子供たちが喧嘩をしているので、皆様が叱ると、一人の子が別の子を指して、「いや、あいつが先にやったんだ。」ということをどれほど目にするでしょうか。

検察官は、しばしば、特定の個人をターゲットにし、それから、寛大な処遇と引換えに喜んで証言をする証人を熱心に探すのです。そのようなある事件で私は弁護人を務めたことがあります。当時、ジョン・コナリー (John Connally) がずっとテキサス州の知事でした。彼は、ケネディ大統領が暗殺された日に、ケネディと同じ車に乗っており、銃撃で負傷しました。その後、彼はニクソン大統領の政府の下で財務長官になりました。ウォーターゲイト事件の特別検察官は、コナリーが、酪農業界に好意的な政策をとることと引換えに酪農業界の代理人から賄賂をもらっていたと判断しました。検察官は、コナリーの古くからの友人ジェイク・ヤコブセン (Jake Jacobsen) が業界団体から1万ドルを受け取り、その金をコナリーに賄賂として贈ると業界団体に話した証拠を得ていました。実際には、ヤコブセンは経済的な問題を抱えており、おそらく、その金を自分自身の目的に使ったと思われます。

ヤコブセンは、既に、テキサス銀行から数百万ドルを詐取したとして起

訴されていました。それで、検察官は司法取引をしました。ヤコブセンが軽い罪で有罪の答弁をし、留置場に身体を拘束されることなく弁護士業務も続けることができるという条件でした。銀行詐欺の事件はすべて免責されるはずでした。

銀行詐欺事件を担当していた連邦地方裁判所の判事は、詐欺事件の免責を拒否しましたが、控訴審裁判所は、犯罪者に免責を与える司法取引をなす裁量は検察官にあり、それを裁判所が見直すことはできないと判示したのです。これは、司法取引の有する危険の一つです。すなわち、無制限の裁量を検察官が有することになるという権力の偏りが生じるからです。司法取引は、刑事司法手続の重要な部分を明りのある場から隠してしまいます。そこに光をあてるのが私たち弁護士の仕事になります。

コナリーは起訴されました。ヤコブセンが司法取引したストーリーは反対尋問によって破綻しました。コナリーは無罪となりましたが、訴追の傷が彼の後の人生に影響を与えました。司法省は密告者を雇う方法を見直すことを約束しましたが、未だに何も起こっていません。

50年ほど前、ワシントン大学に過激派の学生集団がありました。このグループのリーダーが、シアトルの連邦ビルで暴力的抗議行動を組織したという罪で起訴されました。この抗議行動の過程で、スローガンがスプレー式ペンキで連邦ビルの壁に書かれていたのです。裁判で、検察官は、証人として、チャールズ・パーカー（Charles Parker）を喚問しました。パーカーは軽微な犯罪で捕まっていたが、FBIの密告者になっていたのです。彼は学生のグループに加わり、彼が見聞きしたことを証言しました。しかし、反対尋問で、パーカーが単なる「メンバー」以上の存在であったことが判明しました。彼を操っていたFBIの黒幕に自分自身を印象付けるために、パーカーは、学生のある者が暴力的革命家であるという話をでっち上げます。彼は、FBIに拳銃を入手するように依頼し、それから、

彼自身が学生をそそのかして銃撃方法を学ばせたのでした。パーカーは、FBI にスプレー・ペイント缶の購入代金を払わせ、パーカーは、グループのメンバーに、抗議行動の際にスプレー・ペイントを使わせたのでした。

要するに、密告者は密告の対象者以上に大きな危険を社会に及ぼす存在になったのです。こうした事実が法廷で明らかになると、検察官の描いた事件の構図は崩壊いたします。

合衆国では、イノセンス・プロジェクトとして知られる有益な団体が、多くのロースクールの提携組織を傘下に置いています。冤罪者の救済のために学生と指導教授が共同して活動しています。冤罪であることが明らかになった事件のおよそ半分に、司法取引の結果なされた証言が関わっています。新たな DNA 証拠によって冤罪が証明された事件の約15%に司法取引で得られた証言が関わっています。これは、高いリスクエラーであり、文明化されたシステムでは、到底受け入れられるものではありません。

新車モデルの販売で、もし、15%の車に安全性に欠陥があると知ったならば、私たちは、我慢できるでしょうか？

第3 何をなすべきか？

もし、司法取引が、日本で、法律により認められることになれば、刑事弁護人は、それにどう対処するか準備をしなければなりません。おそらく将来、皆様方は、司法取引の経験を有する弁護士や裁判官を招聘して、対処方法と戦略を学ぶことになるのでしょう。この点に関する私の話は、どのような手段を採ることができるかについて、いくつかの考えを皆様と共有したいと思います。

第1に、検察官の倫理を強化せよ、ということです。検察官は、密告者の物の見方について、被疑者の物の見方を吟味するのと同じ熱意をもって

調査しなければならない倫理的義務を負っています。検察官は、そのような調査をする能力と資源を、刑事弁護人とは比較にならないほどに持っています。村岡教授に資料としてお渡ししたボウイー事件の判決⁽⁵⁾で、スティープン・トロット判事は、検察官において情報提供者の見立てを検証せず真実であると確認しなかったことが、基本的な裁判の公正および適正手続の違反を構成することになるので、被告人に対する有罪判決は無効であると判示しました。

人によっては、契約法と不法行為法の概念からその結論を引き出すかもしれません。検察官は、一体誰に対して、義務を負っているのでしょうか？司法取引は、単に、国家と寛大な処遇を受ける被疑者との間のものなのでしょうか？私はそうは思いません。私は、日本の契約法の専門家ではありませんが、私は文献を読んで、ここ数年、日本での契約は公益及び社会的利益の観点から分析されていることを知りました。私は、契約法理に関する内田貴教授の業績に依拠して考察しています。

最近のニューヨーク州控訴審裁判所の判決はこの論点を検討するのに有益です。ある内科医が一人の女性患者に薬物を処方しました。その医師は、患者に、その薬のせいでめまいが生じ自動車の運転ができなくなる可能性があることを警告しませんでした。その患者は、車で診療所から自宅まで帰ろうとして自分の車を運転しました。彼女は見当識障害に陥り、道路の走行車線からはみ出し、原告の運転する車と激突しました。控訴審裁判所は、薬を処方した内科医には、患者に対し、薬物が効いている間の自動車運転上の危険について情報を与えておく義務が、また、仮に、患者がその警告を無視した場合には、損害の発生が予見できるすべての人に対する関係で拡大される義務があったと判示しました。

司法取引は強力な手段です。この手段を用いる検察官には、害を受ける人すべてに対する倫理的な義務—敢えて言う—one法的義務があります。

(5) Northern Mariana Islands v. Bowie, 236 F.3d 1083 (2001), 01 Cal. Daily Op. Serv. 281, 2001 Daily Journal D.A.R. 385

私は、村岡教授に、合衆国対ウォラック事件⁽⁶⁾という、もう一つの実例を提供しております。これは、モンロー・フリードマン（Monroe H. Freedman）教授が評釈⁽⁷⁾をした事件です。ロバート・ウォラック（Robert Wallach）はサンフランシスコの卓越した弁護士です。彼は、証券詐欺事件に関与したとして、（他の二人の男と一緒に）起訴されました。彼に不利益な証言をした主な証人は、ガリグリア（Guariglia）と名乗る男でした。ガリグリアは、問題となっている商取引から莫大な経済的利益を得ていましたので、彼の方がウォラックよりも一層明白に非難に値するといえたかもしれません。

事件が事実審理に付されるまでの待機期間中、検察官は、ガリグリアが疑わしい商取引を継続しており、取引条件に違反していることを示す証拠を入手していました。検察官らはこの証拠については何の捜査もせず、弁護側にそれを開示することをしませんでした。事実、検察官らは、ガリグリアが法廷で自らのした行為についてウソの証言をしている間、沈黙したまま座っていました。

ウォラックは有罪となりましたが、控訴審裁判所が有罪判決を破棄しました。その判示部分は、私たちの眼前にある質問を考える際の手引きとなります。

裁判所は、検察官がガリグリアのウソと違反行為を現実知っていたか否かを問題にするだけでは不十分であると判示したのです。テストは、検察官が実際に知っていたか否か、及び、知るべきであったか否かであると述べたのです。この「知るべきであった」という基準は、司法取引に応じた者の行為を記録し真実性を確保しておくという積極的な義務を検察官に課しました。

この判決の後、一たび、検察官の義務違反が発見されると、仮に検察官

(6) United States v. Wallach, 935 F.2d 445 (2d Cir, 1991)

(7) Monroe H. Freedman, "The Use of Unethical and Unconstitutional Practices and Policies by Prosecutors' Offices", 52 *Washburn L.J.* 1 (2012)

が適切に仕事をしていたと仮定して、合理的に考えて、事実審理の結果が異なった可能性があると認められるならば、被告人に新たな審理を受ける資格が与えられることになりました。すなわち、被告人は、有罪判決の結論が違ったものになったであろうことを証明する必要がなくなったのです。—この基準によって、司法取引による偽証のせいで効果的な再審理が阻害されることはなくなるでしょう。

さらに、ウォラック事件の別の側面も皆様の参考になります。事実審理において、弁護側はガリグリアに対し反対尋問をし、彼の証言の信用性を弾劾しました。弁護人は、もちろん、検察官が隠した証拠を持っていますが、いくつかの疑問を提起することができました。検察官はその疑問に答えるべく、司法取引について言及し、合意書の中のガリグリアが真実を述べると記載した部分を朗読したのです。もちろん、合意した当時、ガリグリアが真実を語ったか否かの判断は検察官がなすべきものでしょう。しかし、検察官の方が倫理規則に違反したならば、その合意書はもはや有効でなかったことになります。「真実を語る」という司法取引をしたと検察官が指摘することによって、検察官は、まさに重大な倫理規則違反を犯そうとしています。というのも、検察官は、個人的に、その証言の信用性を保証することになってしまうからです。弁護人として、私たちは、証拠は証人の物の見方を支持している、または、支持していないと論ずることができます。しかし、私たちは、事実、「私はこの証人と面談しました。私は、証人を個人的に観察しましたので、彼が真実を語っていることを陪審員の皆様に保証いたします。」ということは、認められていないのです。

にもかかわらず、司法取引は、必然的に、「真実」についての検察官の保証を伴います。これが、トロット判事において、検察官の義務がいかに重要であるかを強調する理由の一つなのです。

第2のポイント。司法取引に応じた者が引き換えに何を対価として受け

取るのかを知ることは重要です。合衆国連邦最高裁は、検察官がこの点に関する証拠開示をしなかった場合には、ほぼ必然的に、有罪判決を破棄することを判示しています。事実認定者―裁判官と陪審員―には、法廷証言と引換えにどのような価値のある対価が与えられたのかを知る権利があります。そうした対価の総量と性質は、司法取引に応じた者が虚偽を述べる、または誇張して述べる動機を評価するのに大きく関係しています。

オクラホマ・シティ爆弾事件（the Oklahoma City Bombing）の起訴の際に行われた司法取引の一例をご紹介します。

私は、テリー・ニコルス（Terry Nichols）の弁護人に指名されました。もう一人の被告人はティモシー・マクベイ（Timothy McVeigh）でした。マクベイは、分離して裁判を受け、死刑が宣告されました。ニコルスの裁判は1997年9月に始まりました。マクベイがアリゾナ州キングマンに住んでいたときの隣人でマクベイの友達であったマイケル・フォーティエ（Michael Fortier）が、マクベイ裁判の検察側証人であり、ニコルス裁判でも、再び、証人となりました。

フォーティエは、マクベイとニコルスが爆弾事件を計画していたのを手伝ったことについて有罪の答弁をしていました。彼が証言をした時点では、彼に対して、いかなる刑の宣告もなされていませんでした。彼は、政府との間で司法取引の合意書面を交わしていました。それには、マクベイとニコルスの裁判が終わった後に、検察官が彼の証言を評価して裁判官に刑罰の勧告をするということが書かれていました。フォーティエには麻薬使用と銃器不正収集の前科がありました。拳銃を購入するために、彼は、購入時に自分は麻薬を使用していないし売買もしていないという誓約をしなければなりませんでした。明らかに、この誓約はウソでした。彼は、こうした虚偽供述については何も起訴されず、ただ、爆弾事件に関与した役割についてのみ起訴されました。彼が有罪の答弁をした訴因は、ニコルス

とマクベイに対する訴因に比べるとずっと軽いものでした。フォーティエには妻と二人の子供がおり、司法取引の一部は、彼の妻—妻も計画の一部の役割を担っていたのですが—を留置場に収監しないという内容でした。

という次第で、これが司法取引というものです。では、刑事弁護人は、司法取引について何ができたでしょうか？私は、刑事弁護人の義務を強調するために、私たちの採ったアプローチを述べたいと思います。そして、司法取引のなされる方法及び司法取引が事実究明に与える危険について、どのように弁護人が光を当てる必要があるかを指摘したいと思います。

私は、丸一日以上かけて、マイケル・フォーティエの反対尋問をしました。この反対尋問の記録は皆様も入手可能です。私は、コピーの一部を村岡教授に渡しております。皆様は、私の本『証人尋問（第2版）』⁽⁸⁾からも入手できます。ジョン・コナリー事件のジェイク・ヤコブソンに対する反対尋問は、私の本『法廷弁護士の芸術』⁽⁹⁾の中に収録されています。最後に、皆様は、私が共同編集者である『事実審理物語』⁽¹⁰⁾という本からも、数多くの有益な情報が得られるでしょう。これらの本はすべて、アマゾンから注文できます。

フォーティエの反対尋問における私の目標は、次のようなものでした。

1 彼の違法行為は、少なくとも、私たちの依頼者であるテリー・ニコルスが起訴された行為と同じ程度に悪質であることを陪審員に示そう。そうすれば、もし、陪審員が死刑を科すべきか否かを検討することになったときに、陪審員は、フォーティエが相対的に軽い刑罰を受け、テリー・ニコルスが死刑となるのは公正ではないと考えるだろう。

(8) Michael E. Tigar, *Examining Witnesses* (2d. ed. 2003)

(9) Michael E. Tigar, *Persuasion: The Litigator's Art* (1998, 2003)

(10) Michael E. Tigar & Angela Davis, *Trial Stories* (2007)

この戦略には、私がフォーティエの行為につき非常に多くの質問時間を取ることが必要でした。このような質問をするためには、フォーティエの前科に関する検察官の記録を提示するように求めなければなりませんでした。私たちには、こうした情報を入手すべき権利がありました。なぜならば、フォーティエの司法取引には寛大な刑罰と免責が含まれていたからであり、彼が過去になしたことを知らなければ、陪審員は、彼がどれほど多くの寛大な刑罰とどれほど多くの責任の免除を得たか分からなかったからでした。私たちの弁護団は、入手した情報を何時間にもわたって分析しました。

2 私たちは、フォーティエが正直な証人ではないことを示す必要がありました。既に述べたように、彼が拳銃の購入に関わる政府の様式文書に繰り返しウソをついていたことを私たちは知っていました。

3 フォーティエは、ティモシー・マクベイがテリー・ニコルスの爆弾計画関与について話すのを聞いたと証言しました。この伝聞証言は合衆国の法律の下では許容されました。しかし、この証言は二つの疑問を提起しました。マクベイがフォーティエに話したと彼が証言したときに、フォーティエは真実を話したのか？それと、マクベイが、検察側の主張するニコルスの関与について、真実を語ったのか？というよりも、むしろ、マクベイは、ニコルスが関与していると虚偽をいうことで、フォーティエを仲間にしようとしたのではないか？という疑問です。したがって、私は、フォーティエに、マクベイは正直な人間か否かを聞かなければなりませんでした。そして、フォーティエは、マクベイは正直な人間ではないと答えたのです。

4 私たちは、フォーティエが薬物を使用し、かつ、売買していたこと、及び、彼の記憶は薬物の影響を受けていた可能性のあることを示さなければなりませんでした。私たちは、専門医から、メタンフェタミンの使用は記憶と認識に影響を及ぼす可能性があるという薬の効果に関する証拠を得

ていました。

5 FBIはフォーティエの電話に盗聴器を取り付けていましたので、私たちは、その音声記録のコピーを入手しました。私たちには、これを入手する資格がありました。というのは、弁護側は、司法取引をした証人のすべての事前記録を受け取る権利を有していたからです。これらの音声記録には、フォーティエが母親を口汚く罵る声や、法廷証言の対価として多額の現金を得たいという要求などが記録されていました。私たちは、陪審人に対して、これらの音声を聞かせました。

6 おそらく、反対尋問の中で最も重要な効果をもたらしたのは、いかにフォーティエの話が変遷したかを示した点にあったと思います。FBIが、テリー・ニコルスに不利な証言をフォーティエに確実にさせるために彼と協働していたことを暴露して、可能な限り、フォーティエの証言にダメージを与えたのです。この反対尋問をするために、私たちは、事前に作成されたフォーティエの供述調書のすべてを要求しました。合衆国連邦最高裁が判示するように、弁護側が証人の事前に作成された供述にアクセスすることは、反対尋問の権利を行使するのに決定的に重要です。政府側は、事実審裁判官が事前の供述調書を審査すべきであり、弁護側には、裁判官が有益と考えた供述調書だけを与えれば足りると主張しました。連邦最高裁は、これでは十分な方法とは言えないと判示しています。裁判所はデニス対合衆国事件⁽¹¹⁾でこう述べています。すなわち、「私たちの当事者主義の司法制度の下では、裁判官は判断を下すだけで十分である。弁護側にとって何が有益であるかを決定することは、法廷弁護士によってのみ適切かつ効果的になされ得る。」と。

フォーティエは、当初、FBIに対して、「完全な免責がほしい」と述べており、その引換えに「マクペイを差し出す。」と言っていました。FBI捜査官は、彼に、「完全な免責は無理だ、マクペイの有罪証拠は既にとて

(11) Dennis v. United States, 384 U.S. 855 (1966)

も強力だ」と答えています。したがって、フォーティエが司法取引を望むのであれば、ニコルス巻き込まなければならなかったのです。何回にも及ぶ面談で、フォーティエは、ニコルスについての証拠をもっと持っていると主張しました。私は、陪審員に対し、この過程を「アメリカ海兵隊は男を作る。FBIは証人を作る。」と表現しました。実際に、刑事弁護人の最初の仕事は、司法取引に応じた証人の事前に作成されたすべての供述調書入手し、突き合わせて比較することなのです。この作業は、事実審理の期間中ずっと続けなければなりません。

私は、いつも反対尋問の最初に、証人が警察及び検察官と何回ぐらい面談をしたか、また、それぞれの機会に、何を言い、何を書面化したのかを尋ねます。その後、合意に達した司法取引が、証人において警察及び検察官の望むことを言うために、いかに証人の膨れ上がった願望と結びついているのかを示さなければならないのです。

要約すると、確かに司法取引には闇の部分があります。そして、それに対する唯一可能な解決策は、闇の部分に強力な光を当てることです。この光は、第一に、弁護人が、事前に作成された供述調書と司法取引に応じた証人の処遇のされ方に関する証拠を、熱心に、強力に、繰り返し要求することによって、第二に、検察官が、密告者の正直さと司法取引の内容に関連する情報を開示する倫理的義務を厳格に一貫して守ることによって、第三に、裁判官が、こうした規則を強化することによって、生まれるのです。

もし、皆様が、フォーティエに対する私の反対尋問の記録を読むならば、皆様は、最後に、フォーティエが寛大な処遇を得るために「ほとんど何でも」したことを認めたこと、そして、政府が彼の証言の価値を評価するにあたって最大限のコントロールを及ぼしていたことを知るでしょう。

最後になりましたが、もし、皆様が司法取引の道に乗り出すのであれ

ば、どうか、合衆国の多くの弁護士、学者、そして裁判官が皆様方を支援する用意があることを知っておいて下さい。

<追記>

本講演後の質疑応答において、参加者から、司法取引で不利益を受ける第三者（Target）の弁護人ではなく、司法取引をしようと考えている密告者を依頼者とする弁護人のとるべき行動についての質問が寄せられた。当該弁護人に司法取引のメリット・デメリットを依頼者に説明する義務と依頼者の意思を尊重する義務があることは当然として、依頼者が「偽証」をしてまで自らに有利な処遇を得ようとする場合、弁護人は、なおも、依頼者の意思に拘束されるのかというのが質問の趣旨である。タイガー教授の回答は、依頼者を説得して司法取引を断念させるというものである。ABAモデル・ルールでは、弁護人が「虚偽」であることを「知って」証拠を提出することを禁じているので（規則3.3）、弁護人は、第三者を陥れる依頼者の行為に加担することはできないのである。この点につき、Roberta K. Flowers, “The Role of the Defense Attorney : Not Just as Advocate”, 7 *Ohio State Journal of Criminal Law* 647（2010）を参照されたい。

（本学法科大学院教授）